

ZP.271.45.2022.AWE

ODPOWIEŹ NA WNIOSEK O WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów od dnia 1 stycznia 2023 roku do dnia 31 grudnia 2023 roku”

Zamawiający – Gmina Myślibórz, działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej pzp, przekazuje wnioski o wyjaśnienie treści SWZ wraz z odpowiedziami.

Pytanie 3

Zgodnie z § 6 pkt 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ Zamawiający wskazuje że:

Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia na obszarze objętym przedmiotem zamówienia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej 35% wagowo w 2023 roku, wyliczanego zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297).

Ponadto w § 10 pkt 1 wzoru umowy, zamawiający wskazuje, że:

Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z § 6 Umowy poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku w danym roku, obliczonych na podstawie art. 9z ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Prosimy o wyjaśnienia, na jakiej podstawie Zamawiający przerzuca obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu na wykonawcę wraz z przeniesieniem kar za ich nieosiągnięcie.

Odpowiedź:

Dopuszczalność nałożenia na Wykonawcę odpowiedzialności za „osiągnięcie poziomów recyklingu” potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej „Możliwość nałożenia na wykonawców, wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne, obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, potwierdzają zapadłe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 2829/12 czy z dnia 29 listopada 2012 roku, sygn. akt KIO 2544/12, z dnia 15 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 771/13 (...) nie można Zamawiającemu odmówić prawa do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienie publiczne, obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu w 4

ramach określonych frakcji i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2020 r., KIO 2547/19). O tym, że osiągnięcie poziomów recyklingu jest związane z sposobem realizacji zamówienia przez wykonawcę świadczą również następujące tezy orzecznicze:

1) „Zdaniem Izby wskazać należy, iż profesjonalny obrót na rynku wymaga od profesjonalistów określonego profesjonalnego zachowania. Dlatego też wykonawca, decydujący się na udział w danym zamówieniu, konkretnej procedurze udzielenia zamówienia publicznego zmuszony jest do zdecydowania, czy podoła realizacji tego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymaga od wykonawców osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, co zostało wymuszone na zamawiającym przepisami obowiązującego prawa. Gmina, na którą został nałożony taki obowiązek w ramach zadań publiczno-prawnych ma możliwość osiągnięcia danych poziomów poprzez ich dalsze zlecenie podmiotom wykonującym bezpośrednio zakres zadań związanych z gospodarką odpadami, albowiem gmina sama w sobie nie wykonuje czynności odbioru odpadów i ich segregacji.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2019 r., KIO 1768/19),

2) „nie może zatem dziwić, że gmina organizując odbieranie odpadów komunalnych przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę takiego zamówienia obowiązkiem, którym sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia wskaźnika w wysokości określonej w Ucpg nie stanowi per se naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa. Ponadto, uwolnienie od tego obowiązku wykonawców odbierających odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g Ucpg obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 Ucpg poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągania wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2020 r., KIO 1015/20, KIO 1016/20, KIO 1018/20, KIO 1023/20, KIO 1024/20)

3) „Jeżeli gmina może powierzyć (a w zasadzie musi) wykonanie określonego zadania podmiotowi zewnętrznemu, to musi mieć także możliwość zapewnienia sobie należytej realizacji takiego zadania. Prawidłowość zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w skutecznej gospodarce odpadami prowadzonej w sposób selektywny. Temu właśnie celowi służy przewidzenie we wzorze umowy kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie bowiem, to wykonywanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Podmiot faktycznie realizujący obowiązki gminy nie może być zwolniony z odpowiedzialności. ” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2020 r., KIO 2547/19).

Wobec tego zapis § 6 pkt 2 i § 10 pkt 1 wzoru umowy nie zostanie wykreślony.

Zamawiający modyfikuje jednak § 10 pkt. 1 wzoru umowy, który otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z § 6 ust. 2 Umowy poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku w danym roku, obliczonych na podstawie art. 9z ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w wysokości kary nałożonej na zamawiającego”.

Pytanie 2

Zgodnie z § 6 pkt 2 i 4 wzoru umowy, stanowiący załącznik nr do SWZ Zamawiający wskazuje, że:

3. Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia na obszarze objętym przedmiotem zamówienia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo w 2023 roku, wyliczanego zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 3b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297).

4. Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia poziomu ograniczenia na obszarze objętym przedmiotem zamówienia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania do nie więcej niż 35% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r., wyliczanego zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297).

Wykonawca wnosi o wykreślenie powyższych zapisów ponieważ od roku 2021 nie ma już obowiązku wyliczania poziomów odzysku i recyklingu dla odpadów budowlanych i komunalnych ulegających biodegradacji (wspomniane wyżej przepisy określały poziomy recyklingu do końca 2022 roku w przypadku odpadów budowlanych i rozbiórkowych, oraz do dnia 16 lipca 2022 r. w przypadku odpadów ulegających biodegradacji).

Odpowiedź:

Zgodnie z art. 9q ust. 3 pkt. 5 lit. c Gmina jest zobowiązana do wyliczenia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, w związku z powyższym, zamawiający podtrzymuje zapisy § 6 ust. 4 umowy, natomiast wykreśla § 6 ust. 3 wzoru umowy. Po wykreśleniu ze wzoru umowy § 6 ust. 3, kolejne ustępy uzyskują następujące o sobie numery.

*W imieniu zamawiającego:
Właściwy podpis na oryginale dokumentu*